

# Ende der Isolationspflicht aus Arbeitgebersicht

## Fragen und Antworten zu Arbeitsrecht und Arbeitsschutz

Seit 16. November 2022 unterliegen SARS-CoV-2-Infizierte in Bayern nicht mehr einer häuslichen Isolationspflicht, sondern müssen sich nur noch für mindestens fünf Tage bestimmten persönlichen Schutzmaßnahmen unterwerfen, namentlich einer Maskenpflicht außerhalb der eigenen Wohnung. Zusätzlich gibt es für Infizierte zeitlich beschränkte Betretungs- und Tätigkeitsverbote, aber nur für bestimmte schutzwürdige Settings (Krankenhäuser, Pflegeheime etc.). Details regelt die bayerische Allgemeinverfügung (AV) Corona-Schutzmaßnahmen des Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege (StMGP). Wir haben in Abstimmung mit dem StMGP sowie dem Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Soziales (StMAS) Fragen und Antworten zusammengetragen, wie Arbeitgeber rechtskonform und infektiologisch sinnvoll mit dem Ende der Isolationspflicht umgehen können.

**Die Auskünfte der Ministerien sind fundierte rechtliche Einschätzungen, aber keine verbindlichen Rechtssätze.** Aussagen aus den Ministerien drucken wir im Folgenden *kursiv*.

Stand: 21. November 2022

### 1 COVID-19 wird allmählich zu gewöhnlicher Atemwegserkrankung

Aus dem StMGP kommt folgende Aussage, der wir uns inhaltlich anschließen:

*Der Wegfall der verpflichtenden Isolation und die Ablösung der AV Isolation durch die AV Corona-Schutzmaßnahmen ist die Konsequenz aus der veränderten Infektionslage mit geringer Krankheitsschwere und einer hohen Immunität in der Bevölkerung. Außerhalb derjenigen Einrichtungen und Bereiche, für die die AV Corona-Schutzmaßnahmen Betretungs- und Tätigkeitsverbote vorsieht, ist – abgesehen von der Maskenpflicht – eine Infektion mit SARS-CoV-2 im Ausgangspunkt infektionsschutzrechtlich nicht mehr anders zu behandeln, als eine Infektion mit einem anderen Erreger akuter Atemwegserkrankungen.*

### 2 Sind Infizierte arbeitsfähig?

Arbeitgeber in Bayern können seit 16. November 2022 auch SARS-CoV-2-infizierte Arbeitnehmer wieder zur Arbeitsleistung im Betrieb heranziehen. Nachdem die öffentlich-rechtliche Pflicht zur häuslichen Isolation weggefallen ist, können die Arbeitnehmer grundsätzlich wieder in den Betrieb kommen und arbeiten. Eine Infektion ist nicht gleichzusetzen mit einer Erkrankung, die den Arbeitnehmer arbeitsunfähig machen würde. Zum Nachweis einer arbeitshindernden Erkrankung kann der Arbeitgeber ein ärztliches Attest verlangen.

*Eine pauschale Feststellung der Arbeitsunfähigkeit eines Mitarbeiters oder einer Mitarbeiterin aufgrund eines positiven Tests ist nicht durch die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie gedeckt. Es ist in jedem Fall eine individuelle Feststellung des behandelnden Arztes notwendig, ob im Einzelfall eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne der AU-Richtlinie vorliegt.*

Zur Frage der Arbeitsfähigkeit hinsichtlich der Entgeltfortzahlung siehe unten 5.

### 3 Muss der Arbeitgeber besondere arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen für Infizierte treffen?

Sollen infizierte Arbeitnehmer im Betrieb tätig werden, ist arbeitsschutzrechtlich geboten, Schutzmaßnahmen hinsichtlich dieser Arbeitnehmer anzuordnen. Der Arbeitgeber hat wie sonst auch eine arbeitsschutzrechtliche Gefährdungsbeurteilung anzustellen und entsprechende Maßnahmen zu treffen (§§ 3 ff. ArbSchG). Nachdem von SARS-CoV-2-Infizierten auch weiterhin unweigerlich eine (Infektions-)Gefahr für Mitarbeiter und Dritte im Betrieb ausgeht, sind Arbeitsschutzmaßnahmen für diese Personen und zum Schutz vor diesen Personen angezeigt. Den arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen dürfte insofern aber nach der mittlerweile herrschenden mildereren Pandemielage Genüge getan sein, wenn die Arbeitnehmer während ihrer Arbeitstätigkeit – so wie nach der AV Corona-Schutzmaßnahmen vorgeschrieben – eine medizinische Gesichtsmaske (OP-Maske) tragen und angewiesen werden, sich nach Möglichkeit von ihren Kollegen fernzuhalten. Wie in der AV Corona-Schutzmaßnahmen kann dabei die Maske abgenommen werden beim Aufenthalt in Innenräumen, in denen sich sonst keine anderen Personen aufhalten (Nr. 3.2 AV Corona-Schutzmaßnahmen). Im Übrigen ist die arbeitsschutzrechtliche Grundreihenfolge von Maßnahmen zu berücksichtigen: Technische vor organisatorischen vor personenbezogenen Maßnahmen (TOP-Prinzip).

Die Gefährdungsbeurteilung trifft nach allgemeinen Grundsätzen der Arbeitgeber selbst, bei der Ausgestaltung der konkreten Schutzmaßnahmen hat ein bestehender Betriebsrat mitzubestimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG).

*Die wesentlichen arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben an den betrieblichen Infektionsschutz im Zusammenhang mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 enthält die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV). Demnach hat der Arbeitgeber auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung nach den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) in einem betrieblichen Hygienekonzept die erforderlichen Schutzmaßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz festzulegen und umzusetzen. Dabei sind die konkreten betrieblichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen, wie die Lüftungssituation oder Anzahl und Dauer von Kontakten betroffener Beschäftigter mit anderen Beschäftigten.*

*Positiv getesteten Personen wird nach Nr. 5 der AV Corona-Schutzmaßnahmen für den in Nr. 2 der AV Corona-Schutzmaßnahmen genannten Zeitraum (mindestens fünf Tage bei Symptomfreiheit seit mindestens 48 Stunden, andernfalls bis zu 10 Tage) empfohlen, sich freiwillig in Selbstisolation zu begeben, ihrer beruflichen Tätigkeit, soweit möglich, von der eigenen Wohnung aus nachzugehen, unnötige Kontakte zu anderen Personen zu vermeiden und auf den Besuch öffentlicher Veranstaltungen sowie der Gastronomie zu verzichten. Soweit etwa in einem Betrieb eine Nahrungsaufnahme in gleicher Weise außerhalb der Kantine in einem Bereich ohne Maskenpflicht (Einzelbüro) erfolgen kann, spricht viel dafür, dass der Besuch der Kantine kein "zwingendes Erfordernis" zur Abnahme der Maske darstellt.*

#### 4 Kann der Arbeitgeber von infizierten Arbeitnehmern verlangen, zu Hause zu bleiben? Kann er Homeoffice anordnen?

Arbeitgeber können nach ihrer betriebsindividuellen Gefährdungsbeurteilung aus Gründen des Arbeitsschutzes darauf verzichten, infizierte Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung im Betrieb heranzuziehen. Sie können den Arbeitnehmer für diese Zeit von der Arbeitsleistung freistellen und ihm verbieten, in den Betrieb zu kommen. Aus Gründen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den anderen Mitarbeitern ist diese Weisung rechtmäßig und verletzt nicht den grundsätzlichen Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung.

Nach unserer Auffassung kann der Arbeitgeber von infizierten Arbeitnehmern bei Homeoffice-geeigneten Tätigkeiten verlangen, im Homeoffice tätig zu werden. Diese Anordnung ist auch unter Abwägung mit den Interessen des Arbeitnehmers als billige Weisung anzusehen, weil der Arbeitgeber ansonsten auf bezahlte Freistellung ohne Arbeitsleistung verwiesen wäre oder aber die Mitarbeiter im Betrieb unnötigen Infektionsrisiken aussetzen müsste. Aus den Ministerien haben wir hierzu allerdings eine zurückhaltende Aussage erhalten, die wir nicht verschweigen wollen:

*Nach der derzeit geltenden Corona-Arbeitsschutzverordnung ist im Rahmen des Hygienekonzepts lediglich ein Angebot gegenüber Beschäftigten möglich, geeignete Tätigkeiten in ihrer Wohnung auszuführen. Ob darüberhinausgehend eine Verpflichtung der Beschäftigten zur Tätigkeit im Homeoffice erfolgen kann, ist höchstrichterlich nicht entschieden und dürfte eine Frage des Einzelfalls sein. Eine Anordnung des Arbeitgebers unter Rückgriff auf § 618 Abs. 1 BGB i. V. m. § 106 Abs. 2 GewO scheint jedenfalls grundsätzlich nicht unproblematisch, da im Rahmen des billigen Ermessens seitens des Arbeitnehmers insbesondere die verfassungsrechtlich geschützte Unverletzlichkeit der Wohnung zu berücksichtigen sein dürfte.*

## 5 Besteht Entgeltfortzahlungspflicht, wenn die Tätigkeit des freigestellten infizierten Arbeitnehmers nicht für Homeoffice geeignet ist?

Aus Sicht des StMGP und des StMAS besteht in diesem Fall grundsätzlich Entgeltfortzahlungspflicht:

*Sofern ein Arbeitgeber einen nicht arbeitsunfähig erkrankten SARS-CoV-2-infizierten Mitarbeiter aus Fürsorgegesichtspunkten von der Arbeit freistellt, dürfte er für die Zeit der Freistellung zur Fortzahlung der Vergütung wegen Annahmeverzugs (§ 615 BGB) verpflichtet bleiben, sofern der Mitarbeiter leistungswillig und leistungsfähig ist und dem Arbeitgeber die Nichtannahme der Arbeitsleistung nicht ausnahmsweise unzumutbar ist. In diese Richtung geht ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts in einem aus hiesiger Sicht vergleichbaren Fall (Arbeitgeber schuldet Vergütung wegen Annahmeverzugs, wenn er einem Arbeitnehmer, der aus einem SARS-CoV-2-Risikogebiet zurückkehrt, ein 14-tägiges Betretungsverbot für das Betriebsgelände erteilt, obwohl dieser gemäß den verordnungsrechtlichen Vorgaben bei der Einreise aufgrund der Vorlage eines aktuellen negativen PCR-Tests und eines ärztlichen Attests über Symptommfreiheit keiner Quarantäne unterliegt, BAG vom 10.08.2022, 5 AZR 154/22). Maßgebend ist jeweils der Einzelfall. Pauschale Aussagen sind nicht möglich.*

Diese Rechtsansicht kann man in Frage stellen mit dem Argument, dass der Arbeitgeber zum Schutz der Mitarbeiter (§ 618 BGB) die Arbeitsleistung eines infizierten und dadurch potentiell infektiösen Arbeitnehmers nicht annehmen muss (es ist ihm unzumutbar, sie anzunehmen). Unter dieser Prämisse kann man den Infizierten als im Rechtssinne nicht arbeitsfähig ansehen, selbst wenn er nicht arbeitsunfähig erkrankt im Sinne des § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz ist. Davon ausgehend kommt es darauf an, ob für das Arbeitsverhältnis die Entgeltfortzahlung bei kurzzeitiger persönlicher Verhinderung (§ 616 BGB) z. B. über Tarifvertrag abbedungen ist oder nicht. Ist diese Vorschrift im Arbeitsverhältnis abbedungen, besteht keine Entgeltfortzahlungspflicht; ist sie nicht abbedungen (gesetzliche Ausgangslage), besteht Entgeltfortzahlungspflicht aus § 616 BGB.

## 6 Kann der Arbeitgeber verlangen, eine Infektion offenzulegen?

Zulässig ist die dringende Empfehlung an die Mitarbeiter, freiwillig ihre Infektion zu melden, woran dann die entsprechenden Maßnahmen anknüpfen. Die verbindliche Anordnung zur Offenlegung einer Infektion ist hingegen datenschutzrechtlich problematisch.

*Soweit ersichtlich, ist diese Frage höchstrichterlich nicht entschieden. Aus hiesiger Sicht lässt sich diese Frage nicht pauschal beantworten; entscheidend dürften vielmehr die Umstände des Einzelfalls sein. Generell gilt allerdings, dass eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bzw. ein Auskunftsverlangen des Arbeitgebers insbesondere aus*

*datenschutzrechtlicher Sicht problematisch sind. Da hierbei besonders sensible Gesundheitsdaten im Raum stehen, dürfte sich ein entsprechendes Auskunftsverlangen des Arbeitgebers stets an den datenschutzrechtlichen Anforderungen messen lassen. Aus Sicht des BMAS ist angeraten, den Arbeitgeber von sich aus über ein positives Testergebnis zu informieren, es bestehe jedoch keine ausdrückliche Verpflichtung, den Arbeitgeber über Testergebnisse zu informieren.*

Die evtl. Unzulässigkeit einer verbindlichen Infektionsdatenerhebung wirkt sich vor allem dahingehend aus, dass der Arbeitgeber keine negativen Konsequenzen (Maßregelung, Abmahnung, Kündigung etc.) an ein Unterlassen der Meldung oder an eine Falschmeldung knüpfen dürfte.

## 7 Kann der Arbeitgeber Testung bei Infektionsverdacht anordnen?

Infektionsdaten von Arbeitnehmern selbst zu erheben ist grundsätzlich nur auf freiwilliger Basis möglich. Dasselbe gilt dann für die Anforderung an Mitarbeiter, sich zur Bestätigung eines positiven Selbsttests, zur täglichen Arbeit im Betrieb (Test als Zugangsschranke) oder zum Wiedereinstieg nach überstandener Infektion freizutesten. Eine generelle, präventive verbindliche Anordnung solcher Tests ist mangels ausdrücklicher Rechtsgrundlage zur Datenerhebung oder rechtlicher Konsequenzen einer positiven Testung wohl nicht mehr als arbeitsschutzrechtliche Maßnahme zulässig.

*Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitgeber in Umsetzung der ihn treffenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen nach § 618 Abs. 1 BGB i. V. m. § 106 S. 2 GewO berechtigt sein, auf Grundlage eines betrieblichen Schutz- und Hygienekonzepts Corona-Tests einseitig anzuordnen. Eine solche Bestimmung hat unter Beachtung des billigen Ermessens zu erfolgen (BAG, Urteil vom 1.6.2022 – 5 AZR 28/22, NZA 2022, 1387). Ob ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter mit leichten Symptomen verbindlich auffordern darf, sich testen zu lassen, bemisst sich insofern nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere danach, ob die Aufforderung verhältnismäßig ist.*

Nach unserer Ansicht ist die verbindliche Anordnung von Tests dann zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Infektion bei einem Mitarbeiter vorliegen (Mitarbeiter kommt mit Symptomen in den Betrieb) oder in der konkreten Abteilung ein Infektionscluster auftritt (mehrere sind bekanntermaßen infiziert). In diesen Fällen darf der Arbeitgeber als Arbeitsschutzmaßnahme zum Schutz der anderen Mitarbeiter verlangen, dass ein Test auf Kosten des Arbeitgebers (§ 3 Abs. 3 ArbSchG) durchgeführt wird.

## 8 Welche Risiken entstehen für Arbeitgeber bei Weiterbeschäftigung von symptomfrei infizierten Mitarbeitern im Betrieb im Hinblick auf die Anerkennung von Corona-Erkrankungen im Betrieb als Arbeitsunfall?

*Führt die Weiterbeschäftigung von infizierten Mitarbeitern im Betrieb zur symptomatischen Infektion weiterer Beschäftigter, so kann dies als Arbeitsunfall bzw. Berufskrankheit anerkannt werden. Grundsätzlich übernimmt dafür der zuständige Unfallversicherungsträger die Haftung. Der Arbeitgeber kann aber für Aufwendungen, die dem Unfallversicherungsträger infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit entstanden sind, in Regress genommen werden, wenn er den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn der betriebliche Infektionsschutz im Betrieb erhebliche Mängel aufweist.*



## **Ansprechpartner**

### **Dr. Joachim Wutte**

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-658

[joachim.wutte@vbw-bayern.de](mailto:joachim.wutte@vbw-bayern.de)

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)

### **Sebastian Etzel**

Tarifabteilung

Telefon 089-551 78-120

[sebastian.etzel@baymevbm.de](mailto:sebastian.etzel@baymevbm.de)

[www.baymevbm.de](http://www.baymevbm.de)